

ANOTAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL: DA MAGNA CARTA À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira¹

Sumário: 1. O Devido Processo Legal e seus Aspectos Históricos. 1.1 A Carta Magna. 2 A Carta Magna e os Estados Unidos. 3 Devido Processo Legal no Brasil. 3.1 As Constituições Brasileiras. 3.1.1 O Devido Processo Legal e a Constituição de 1988. 3.2 O Devido Processo Legal Processual (*Procedural Due Process*). 3.3 O Devido Processo Legal Substancial (*Substantial Due Process*). 3.4 A Proporcionalidade e Razoabilidade

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS

1.1 A CARTA MAGNA



O devido processo legal vem como aperfeiçoamento das técnicas mais rudimentares da resolução de conflitos, sendo apontada sua origem no Direito Positivo, pela doutrina², na Carta Magna inglesa de 1215³.

¹ Advogado, Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Núcleo de Direito Constitucional vinculado ao projeto de “Abertura dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1.988.- Hermenêutica e Justiça constitucional. Efetividade do Direito”.

² SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: Due process of Law*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 16-17. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. OLIVEIRA, Cybelle. Devido Processo Legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, n. 32, jul./set. 2000, p. 178. BRINDEIRO, Geraldo. O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília: Ministério da Justiça, v. 188, jul. 1996, p. 31-35. DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil.

A primazia da Carta de 1215 ofusca outro documento de importância outorgado por Henry I, mais de um século antes, por ocasião de sua coroação. Esta Carta da Coroação, afirma Danziger⁴, igualmente benéfica aos barões, pretendeu “abolir todas as práticas diabólicas pelas quais o reino da Inglaterra tem sido injustamente oprimido”⁵ e permaneceu como um precedente sobre os conflitos de 1215. Na mesma medida, outras Cartas similares foram produzidas, como as de 1135 e 1136 no reino do Rei Stephen.

A Carta de 1215, conquanto tenha adquirido um *status* mítico, foi na prática um fracasso abissal, pois mesmo idealizada para pôr fim ao conflito entre barões e o rei João, impondo a vontade daqueles a este, não impediu que a guerra civil eclodisse três meses após o encontro histórico entre as partes no local chamado Runymede. Aliás, a repulsa à Carta foi expressamente aduzida pela Igreja Católica, por meio do Papa Inocêncio III, para quem a Carta, de acordo com Danziger, “não era apenas vergonhosa, mas ilegal e injusta. Nós nos recusamos a ignorar esta despuorida presunção que desonra a Sé Apostólica, é injuriosa ao direito do rei, envergonha a nação

Revista de Processo, São Paulo, v. 126, ago. 2005. MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 68, jul. 1997, p. 33-47. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 229. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, 1991, p. 37.

³ Egon Bockmann Moreira traz um retrato histórico do *devido processo legal*, a partir exatamente das práticas jurídicas do direito inglês. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 233).

⁴ DANZIGER, Danny. *1215: The Year of the Magna Carta*. Nova York: Touchstone, 2003, p. 247.

⁵ Na versão original: “ (...) abolish all the evil customs by wich the kingdom of England has been unjustly oppressed”.

inglesa e ameaça a cruzada”⁶.

A Carta Magna, longe de representar uma garantia de direito a todos os cidadãos, circunscrevia-se aos direitos e privilégios da nobreza inglesa, tendo sido lavrada pelo príncipe João de Anjou, alcunhado de Sem Terra, irmão de Ricardo Coração de Leão, em 15 de junho de 1215. Para Geoffrey Hindley, no entanto, o próprio texto da carta desmente a natureza do documento de manutenção de privilégios para uma elite determinada na redação de sua cláusula primeira, quando se dirige a todo “homem livre”: “temos concedido a todos os homens livres de nosso reino para nós e nossos herdeiros para sempre (*in perpetuum*) todas as liberdades escritas abaixo para ter e manter, eles e seus herdeiros de nós e nossos herdeiros”⁷.

Danziger obtempera que o móvel da atuação da nobreza inglesa nesta confrontação com o Rei João não residia em um membro preterido da dinastia ou em alguma liderança para depositar o foco dos revoltosos, como ocorrera em 1199-1202/03 com Artur da Bretanha, sobrinho do rei. A ação dos revoltosos inaugurou o uso de um programa de reforma. Na falta de um príncipe, buscou-se um documento, uma carta de liberdades em nome da “comunidade de toda a terra”⁸.

De todo modo, não resta dúvida que esses direitos feudais assegurados, todavia, serviram como fundamento para a noção de limitação do poder real, por um documento escrito, e para a construção dos direitos e garantias individuais extensivo

⁶ Versão original: “not only shameful and base but also illegal and unjust. We refuse to overlook such shameless presumption which dishonours the Apostolic See, injures the kings right, shames the English nation, and endangers the crusade”. DANZIGER, op. cit., p. 253.

⁷ HINDLEY, Geoffrey. *A Brief History of the Magna Carta: The Story of the Origins of Liberty*. Reino Unido: Constable e Robinson Ltd., 2008, p. XVII. Tradução livre do seguinte trecho: “[...] we have granted to all freeman of our realm for ourselves and our heirs for ever (*in perpetuum*) all the liberties written below to have and to hold, them and their heirs from us and our heirs”.

⁸ DANZIGER, Danny. *1215: The Year of the Magna Carta*. Nova York: Touchstone, 2003, p. 247.

a todos os cidadãos, bem assim para a redação dos posteriores documentos consagradores de direitos como Mayflower Compact (1620), Petition of Right (1628), An Agreement of The Free People of England (1649), Bill of Rights (1689), Declaration of the Stamp Act Congress (1765), Declaration of the First Continental Congress (1774), Declaration of Independence (1776), Articles of Confederation (1778), Constitution of the United States (1787)⁹.

Com efeito, no seu capítulo 39¹⁰, com a redação de 1225, a Carta Magna assentou: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou declarado fora da lei, exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”. Na mesma medida, o próximo parágrafo trouxe a seguinte garantia: “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”¹¹. O tema se espraia ainda por outros capítulos, como a definição das regras da competência do capítulo 17¹² e 18, porquanto, até então, as cortes de Justiça seguiam o rei onde quer que ele estivesse, havendo notícia de um interessado cuja jornada para ser ouvido somente terminou após 5 anos¹³ viajando pela Inglaterra e França atrás da Corte. E a garantia aqui remete à definição de Paulo Bonavides como “uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e fragilidade”¹⁴.

⁹ BROOKS, David. *From Magna Carta to the Constitution: Documents in the Struggle for Liberty*. San Francisco: Fox Wilkes, 1993.

¹⁰ Importante aduzir que a Carta não foi numerada, mas, posteriormente, para conveniência de estudo e referência foi dividida em 63 capítulos, segundo Howard (op. cit., p. 9).

¹¹ Tradução de SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: Due process of Law*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 16-17;19.

¹² Existência de uma Corte de Justiça em um local determinado. No caso foi Westminster (“*Commom Pleas shall not follow Our Court, but shall be held in some certain place*”).

¹³ HOWARD, Dick A. E. *Magna Carta*. Virginia: University Press, 1998, p. 12.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros

A expressão “lei da terra” (*law of the land, per legem terrae*) adquiriu a fórmula conhecida do devido processo legal (*due process of law*) muito mais tarde, em 1354, no reino de Eduardo III, no documento denominado *Statute of Westminster of the Liberties of London*, malgrado tenham sido usadas como expressões sinônimas¹⁵.

No que diz respeito ao conteúdo, Geraldo Brindeiro¹⁶ afirma que o devido processo legal inaugurado com a Carta Magna

se referia inicialmente ao processo *by the lawful judgement os his equals or by the law of the land*, ou na expressão original *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, o que significa que ninguém poderá ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País”.

Um aspecto a ser destacado revela-se, de modo geral, no conteúdo eminente prático do documento, que se afasta de uma exortação mais abstrata, como se pode ver das declarações de direitos posteriores. As questões tratadas dizem respeito ao dia-a-dia, não se cuidando de um tratado filosófico ou de um brado retórico da nobreza, mas da estipulação de soluções para problemas reais e imediatos do reino, como a necessidade de definição de um padrão nacional para pesos e medidas, do capítulo 35, o salvo conduto de livre comércio (capítulo 41), em tempos de paz, para todos os mercadores, de qualquer nacionalidade, sem o pagamento de “pedágios ilegais” ou a possibilidade de escolha pelo rei de maridos para as viúvas de barões falecidos, matéria específica do capítulo 8: “nenhuma viúva será obrigada a casar enquanto ela não quiser”¹⁷.

Editores, 1.993, p. 439.

¹⁵ OLIVEIRA, Cybelle. Devido Processo Legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, n. 32, jul./set. 2000, p. 178.

¹⁶ Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n. 188, jul./dez. 1996, p. 33.

¹⁷ Consta no original: “no widow shall be compelled to marry so long as she has a mind without a husband...” HOWARD, op. cit., p. 11. A Magna Carta, sob o ponto de vista do tema, além das questões gerais, pode ser dividida, segundo Howard¹⁷ entre: i) as relações feudais (capítulos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 12, 14, 15, 16, 32, 37, 43, 46);

Destarte, o que pode ser destacado é que o documento impõe limites e regula o poder estatal, na época absoluto, por meio de uma documento escrito, fazendo prevalecer a regência da lei (“rule of law”) ao invés da preponderância estrita da regra do homem.

2 A CARTA MAGNA E OS ESTADOS UNIDOS

Como se sabe, a Magna Carta não ficou constricta ao continente europeu, mas fez viagem e teve peculiar relevância no continente americano, iniciando-se, é claro, pelas colônias inglesas na América. E, curiosamente, segundo G. Hindley¹⁸, a entrada da Carta Magna no continente americano, além daquela porção arraigada na cultura dos colonos norte-americanos, deu-se por disposição real ou mais precisamente por uma carta régia do Rei James I aos pioneiros de Jamestown, Virgínia, em 1607¹⁹.

É preciso reiterar no período da independência dos Estados Unidos e da elaboração de sua Constituição a influência

ii) as Cortes e a Administração da Justiça (capítulos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 38, 39, 40, 45); iii) os abusos dos agentes estatais (capítulos 28, 29, 30, 31); iv) correção dos erros do Rei no passado (capítulos 49, 50, 51, 55, 52, 53, 56, 58, 59); v) cláusulas da floresta (capítulos 44, 47, 48); vi) cidades e o comércio (capítulos 13, 33, 35, 41, 42); vii) Igreja e o Estado (capítulos 1, 63); viii) dívida e as propriedades (capítulos 9, 10, 11, 26, 27) e as cláusulas de segurança para a sobrevivência da própria Carta (capítulo 63).

¹⁸ HINDLEY, Geoffrey. *A Brief History of the Magna Carta: The Story of the Origins of Liberty*. Reino Unido: Constable e Robinson Ltd., 2008, p. XIX.

¹⁹ A primeira bem sucedida colônia da América foi fundada em 1607 pela Companhia Virgínia de Londres sob patrocínio do trono britânico que concedeu o direito de fundar a mesma entre o 34º e o 41º paralelos do continente norte americano. Iniciada como um empreendimento comercial, como todas as iniciativas de povoamento na América, tornou-se colônia inglesa em 1624, tendo o rei nomeado um governador local, após a dissensão interna e falência comercial da empresa. Não deixa de ser relevante que o insucesso comercial dessas empreitadas comerciais deram origem aos Estados Unidos da América. KELLY, H. Alfred et al. *The American Constitution: Its Origins & Development*. 6. ed. Nova York: WW Norton Company, 1983, p. 5.

dos filósofos contratualistas do século XVIII, como John Locke²⁰ e Montesquieu, concepção da sociedade como criação de um acordo de vontades, fundado nas necessidades mais primárias do convívio humano e na crença da existência de direitos naturais inalienáveis do homem²¹. Aliás, os pioneiros na América foram atraídos pelo preço da terra, tolerância religiosa, mas também pela promessa de participação política, por meio de assembleia, compondo esta uma parte importante das instituições políticas das colônias²². Esta fixação com o consenso parece ser um elemento de crucial importância para o entendimento do tema.

Na mesma direção e alguns anos depois, os peregrinos do Mayflower trouxeram consigo um documento compromissório escrito em 11 de novembro de 1620 com a necessidade de elaboração de leis gerais para o bem geral da colônia, ao qual prestaram submissão e obediência. Posteriormente, o *devido processo legal* influenciou na elaboração das cartas coloniais e declarações de direito de Estados norte-americanos, como a *Declarations of Rights made by the good people of Virginia*, as Declarações de Delaware e Maryland²³. A primeira declaração

²⁰ Especialmente do Segundo Tratado. E também John Winthrop, Thomas Hooker, Roger Williams. (KELLY, op. cit., p. 39).

²¹ E a noção de direitos naturais (leis da natureza) já aparece no primeiro parágrafo da Declaração da Independência: “When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature’s God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation.” Tradução livre: “Quando, no curso dos acontecimentos humanos, torna-se necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que as Leis da Natureza e da Natureza da Deus lhes confere o direito, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os impelem à separação.”

²² KELLY, H. Alfred et al. *The American Constitution: Its Origins & Development*. 6. ed. Nova York: WW Norton Company, 1983, p. 17.

²³ MACIEL, Ademar Ferreira. O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, n.

de direitos fundamentais é mesmo a Declaração de Direitos da Virgínia, datada de 12.06.1776, onde se repete a conhecida fórmula na seção 8:

Que em todos os processos capitais ou criminais um homem tem o direito de exigir a causa e a natureza da acusação, ao ser confrontado com os acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor, e um julgamento rápido por um júri imparcial de doze homens de sua vizinhança, sem cujo consentimento unânime que ele não pode ser considerado culpado, nem ele pode ser obrigado a depor contra si mesmo, e que ninguém seja privado de sua liberdade, exceto pela lei da terra ou o julgamento dos seus pares²⁴.

Por oportuno, os direitos dos ingleses (“*rights of englishmen*”), isto é, aqueles direitos franqueados aos ingleses pela Carta Magna foram estendidos aos colonos por meio das cartas coloniais de Massachusetts Bay (1629), Maryland (1632), Connecticut (1662), Rhode Island (1663), Carolina (1663) e Geórgia (1732)²⁵.

Observa-se que a necessidade de limitação do poder – e esta restrição já se apresenta nos regulamentos dos empreendimentos comerciais que financiaram a colonização dos Estados Unidos –, por meio de mecanismos de sua divisão, foi o solo fértil em que o devido processo legal pôde germinar na América do Norte, o que resta claro nos debates ocorridos no período de ratificação pelos Estados Confederados da Constituição dos Estados Unidos (1787-1790). A rica discussão entre federalistas e antifederalistas fundou-se basicamente entre o receio de, por um lado, haver uma concentração excessiva do poder no

68, jul./set. 2007.

²⁴ Disponível em: <www.archives.gov>. Acesso em: 18 jul. 2013. Tradução livre: “Section 8. That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; *that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers*”.

²⁵ HOWARD, Dick A. E. *Magna Carta*. Virginia: University Press, 1998, p. 11;28.

ente central e, por outro, a necessidade de conferir estabilidade, segurança e viabilidade mesmo para a sobrevivência dos entes parcelares pela criação de um ente superior e nacional²⁶. Como disse James Madison, durante o processo de ratificação da Constituição norte-americana, cuidava-se da “[...] necessidade de conciliar a estabilidade e a energia necessária do governo com o respeito devido à liberdade e às formas republicanas”.

Assim é que a cláusula do *devido processo legal*, tal qual inscrita na emenda n. 5 da *Bill of Rights*, integrou-se às primeiras dez emendas incorporadas à Constituição estadunidense em abril de 1791 e fez constar também a advertência que ninguém poderia “ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal. Nem a propriedade poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização”²⁷. Mais tarde, em 1866, sobreveio a emenda n. 14 assegurando aos cidadãos, em face dos Estados, a mesma garantia²⁸, não sem alguma restrição da Corte Supre-

²⁶ Para um exame do tema inclusive com as cartas anti-federalistas: KAMMEN, Michael. *The Origins of the American Constitution: A Documentary History*. Nova York: Penguin Books, 1986.

²⁷ “Amendment V- No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 25 jun. 2013. Tradução livre: “Ninguém será detido para responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto nos casos decorrentes de forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo em tempo de guerra ou de perigo público, nem qualquer pessoa pode ser sujeitada ao julgamento pelo mesmo crime duas vezes, ao perigo de vida ou de ferimentos graves, nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização”.

²⁸ “Amendment XIV, Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall

ma norte-americana²⁹.

Malgrado de difícil apreensão conceitual, porquanto o *due process of law* sofreu alterações ao longo do tempo, pode-se afirmar uma noção básica na formulação do *Associate Justice* Herlan (Hurtado v. California), como observado por Paulo Fernando Silveira: “Os governos devem ser confinados dentro dos limites daqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça, deitados na fundação de nossas instituições civis e políticas, os quais nenhum Estado pode violar consistentemente com o princípio do devido processo legal requerido pela Emenda 14 nos procedimentos envolvendo vida, liberdade ou propriedade”³⁰.

abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 25 jun. 2013. Tradução livre: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem qualquer Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”.

²⁹ Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos num primeiro momento não aceitava a submissão dos Estados às dez emendas. Este entendimento baseou-se no fato histórico de que as emendas representaram freio ao poder nacional, razão pela qual o poder central continuou a ser limitado no que diz respeito à restrição da legislação estadual (Barron v. Mayor and City Council of Baltimore, 32 U. S. (7 Pet.) 243, 8 L.Ed. 672 (1.833). A Suprema Corte dos Estados Unidos continua rejeitando a tese de total incorporação da Bill of Rights, por meio da emenda n. 14. A tese que tem prevalecido é a teoria da incorporação seletiva (*theory of selective incorporation*), onde somente aquelas provisões consideradas fundamentais para o sistema de direito americano são aplicáveis aos Estados, via devido processo da 14ª emenda. United States v. Cruikshank, 92 U.S. (2 Otto) 542, 553, 23 L.Ed. 588 (1.876). Destarte, das primeiras 8 emendas o mesmo tribunal explicitamente entendeu que três delas não se aplicam aos Estados: i) o direito de portar armas da 2ª emenda; ii) a 5ª cláusula quando garante o indiciamento tão só após o Grande júri; iii) e a garantia do julgamento pelo júri no caso de uma ação civil (emenda n. 7ª). NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Minnesota: West Publishing CO., 1995, p. 340-341.

³⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: Due process of Law*. Belo

Num primeiro momento, assim, esta garantia assumiu um caráter mais procedimental, ou seja, de justiça do procedimento anterior ao gravame estatal à vida, liberdade e propriedade eventualmente imposto pelo Estado.

E esta garantia, como verdadeira aspiração de Justiça, é considerada como patrimônio imanente do Estado de Direito, tendo sido adotada pelas Constituições de vários países³¹ e em inúmeros tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), Pactos Internacionais dos Direitos Cíveis e dos Povos (1966), dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Convenções Americana de Direitos Humanos (1969), Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), sobre Direitos das Crianças (1989), e Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher (1994)³².

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

3.1 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Até a Constituição de 1824, o Brasil foi regido pelas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Somente em 1850 foi promulgado o Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho), em 16 de dezembro de 1830 o

Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 237.

³¹ A análise do direito comparado pode ser vista em artigo específico de Wambier onde é apontada a presença de tal instituto nas Constituições da Espanha (1978), Áustria, Noruega, México (1917), Venezuela (1961), Colômbia, Uruguai (1966), Argentina, Japão e Alemanha. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, 1991, p. 59.

³² TAKOI, Sérgio Massaru. O Devido Processo Legal Contemporâneo e o Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 105, n. 404, p. 281-293, jul./ago. 2009, p. 283.

Código Criminal³³ e em 1832 o Código de Processo Criminal.

Como já visto, a cláusula do devido processo legal representa a impossibilidade de prisão, exílio, privação de bens ou redução de *status* sem um julgamento legal por seus pares, perante uma corte competente, conforme capítulos 39, 7 e 40 da Carta Magna. Posteriormente, a Constituição norte-americana (*Bill of Rights*) ampliou este núcleo para a “igual proteção das leis”, a impossibilidade de expropriação de seus bens sem justa indenização e a vedação de autoincriminação.

Antes mesmo da Carta Imperial, o então Regente, reconhecendo o fato de que “mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes, e outros motivos horrorosos à humanidade para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros”³⁴, editou o Decreto de 23 de maio de 1821 sobre a garantia da liberdade individual.

Ao reconhecer ser “de Direito Natural, a segurança das pessoas” e antecipando uma constituição liberal, assegurava o decreto do regente as seguintes garantias merecedoras de transcrição integral: i) “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente”; ii) “nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes assim o fato, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente”; iii) “quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos se lhes faça

³³ Op. cit., p.31.

³⁴ O português foi atualizado.

imediate, e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, pela confrontação dos réus com as testemunhas que os culpavam, e ficando alertas, e públicas todas as provas, que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se devem dificultar, ou tolher, excetuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos, que provados, merecerem por as Leis do Reino pena de morte, acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742”; iv) “em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas, e nunca para adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões, e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final; entendendo-se todavia que os Juizes, e Magistrados Criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja e casa arejadas e cômodas, e nunca manietados, ou sofrendo qualquer espécie de tormento”.

Na Constituição de 1824³⁵, os direitos e garantias individuais tiveram destaque *formal* no texto do art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade é garantida pela Constituição do Império”³⁶.

³⁵ A Constituição de 1824, outorgada após a dissolução, foi a de vida mais longa do Brasil, perdurando por 65 anos, tendo sofrido apenas uma emenda. Foi uma constituição que estabeleceu “um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo”, na bem lançada síntese de ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 131.

³⁶ “I- nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei; II – nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública; III – a sua disposição não terá efeito retroativo; IV- todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam responder pelos abusos que cometerem no exercício

São três as características principais da Constituição Política do Império segundo Raul Machado Horta para além da existência do Poder Moderador: "A segunda característica residiu na flexibilidade constitucional da Constituição semi-rígida, pois nela se perfilhou a regra de que "é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não fosse relativo à matéria constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades da reforma constitucional, pelas legislaturas ordinárias (art. 178). A terceira característica é a liberal Declaração dos Direitos e Garantias Individuais, amplamente desenvolvida nos 35 incisos do art. 179. A Constituição de 1.824 disciplinou na norma jurídica a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 175)"³⁷.

Também merece destaque a consagração da liberdade de culto inaugurada com a Carta de 1.824, nada obstante a religião oficial impedisse de se afirmar a coroação de um Estado Laico, em face de restrições objetivas a esse exercício. Ainda que ou-

deste Direito, nos casos e pela forma que a Lei determinar; [...] XI- ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de *Lei anterior e na forma por ela prescrita*". Na esfera da liberdade constam ainda" VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximos aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. [...] X. A' exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos, que não são puramente criminais, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo".

³⁷ *Direito Constitucional*. MG : Del Rey. 4 edição, p. 55.

tras religiões fossem permitidas, além da católica apostólica romana, as casas para isso destinadas não poderiam ostentar “forma alguma exterior de templo” (art. 5) e aqueles que não professassem a religião do Estado não poderiam ser nomeados deputados (art. 95).

Observa-se na Constituição do Império, por isso mesmo, com meridiana clareza, a feição da cláusula do *devido processo legal* mediante a necessidade de lei, na forma por ela prescrita, para a intervenção na liberdade, segurança individual e propriedade, bem assim da proibição da legislação lançar seus efeitos para o passado. É possível, destarte, concluir que a proteção ao trinômio vida, liberdade e propriedade foi formalmente assegurada, pela primeira vez na norma fundante do Império em 1824, malgrado divergência doutrinária a respeito³⁸. O Código

³⁸ Para Wambier o devido processo legal somente tomou corpo na Constituição de 1946, na dicção do art. 141, parágrafo 4º, nada obstante reconheça a existência de “determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido”. Art. 141: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 63, 1991, p. 37). Miranda, de seu turno, afirma o artigo 141 da Constituição de 1946 como fonte exclusiva do princípio da justiciabilidade afirmando ainda que “no direito brasileiro, o devido processo legal não consta de modo explícito na história”. (MIRANDA, Antonio Fernando; MIRANDA, Fernanda Barreto. O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo: FIUZA, v. 39, jul. 1998, p. 17-25). Alice Ribeiro de Sousa, na mesma direção, aponta uma “aplicação limitada e acidental” nos procedimentos criminais pelo menos até o reconhecimento expresso com a Constituição de 1988. (SOUSA, Alice Ribeiro de. O Devido Processo Legal em Platão. *Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro*, Belo Horizonte, v. 19, n.75, p. 11-35, jul./set. 2011). Mesquita, ao criticar o atraso brasileiro, reconhece nas Constituições anteriores a 1988 apenas um “devido processo penal procedimental”. (MESQUITA, Gil Ferreira de. O Devido Processo Legal e o Atraso Constitucional Brasileiro. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 4, maio 2000, p. 62). “Não havendo Poder Judiciário Independente, não há como se falar em garantias de direitos individuais, ou especificamente, da observância do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: Due process of Law*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 32). Pelo reconheci-

Penal de 1830, de igual modo, assegurou: “Art. 1º Não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma Lei anterior, que o qualifique”. O Código de Processo Penal (Lei de 29 de novembro de 1.832) dispunha ainda que cabia aos juízes: “7º Aplicar a Lei ao fato, e proceder ulteriormente na forma prescrita neste Código”. E a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 previu expressamente o habeas corpus³⁹.

Entretentes, não se pode perder de vista que a vigência de norma protetiva não se confunde com sua eficácia ou efetividade⁴⁰, o que resta ainda mais claro no caso, porque se vivia num regime escravocrata⁴¹ e com um Poder Judiciário com

to implícito do devido processo legal em todas as Constituições Brasileiras: OLIVEIRA, Cybelle. Devido Processo Legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, n. 32, jul./set. 2000, p. 176.

³⁹ Art. 18. Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de habeas-corpus a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

⁴⁰ Aqui a efetividade se trata, nos termos da definição de Luis Roberto Barroso, da “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. São Paulo: Atlas. 2006, p. 82).

⁴¹ Interessante notar que se o projeto da assembleia constituinte previra uma abolição da escravatura gradual, uma “emancipação lenta dos negros”, por conta das fortes pressões da Grã-Bretanha contra o comércio de escravos e da necessidade de reconhecimento do Brasil como país independente, a Constituição do Império silenciou sobre o assunto, nada obstante a referência aos *libertos* (art. 94, inc. II) pressupusesse a continuada existência de escravos. (BETHEL, Leslie. *A Abolição do Comércio Brasileiro de Escravos: A Grã-Bretanha, o Brasil e a Questão do Comércio de Escravos: 1807-1869*. Brasília: Editora Senado Federal, 2002, p. 69). E mesmo a punição aos escravos requeria um processo legalmente previsto, sujeitando-se ao júri, conforme Lei nº 4 de 10 de junho de 1835 (Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer ofensa física contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo):

Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas

independência relativa. Esta constatação, destarte, não serve como empeco ao reconhecimento da cláusula em estudo, desde a primeira Constituição Brasileira, nada obstante entendimento diverso de parte da doutrina.

Aliás, oportuna é a lembrança de Aurelino Leal sobre a liberdade de imprensa⁴², devidamente garantida pela Carta Im-

mulheres, que com eles viverem. Se o ferimento, ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites a proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes. Art. 2º Acontecendo algum dos delitos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro cometido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinária do Juri do Termo (caso não esteja em exercício) convocada pelo Juiz de Direito, a quem tais acontecimentos serão imediatamente comunicados. Art. 3º Os Juizes de Paz terão jurisdição cumulativa em todo o Município para processarem tais delitos até a pronuncia com as diligências legais posteriores, e prisão dos delinquentes, e concludo que seja o processo, o enviarão ao Juiz de Direito para este apresentá-lo no Juri, logo que esteja reunido e seguir-se os mais termos. Art. 4º Em tais delitos a imposição da pena de morte será vencida por dois terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se for condenatoria, se executará sem recurso algum”.

⁴² A propósito, bastante curioso é o Decreto de 18 de julho de 1822 (Cria Juizes de Fato para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa): “Havendo-se ponderado na Minha Real Presença, que Mandando Eu convocar uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa para o Reino do Brasil, cumpria-me necessariamente e pela suprema lei da salvação pública evitar que ou pela imprensa, ou verbalmente, ou de outra qualquer maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranquilidade e da união, doutrinas incendiarias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis; que promovendo a anarquia e a licença, ataquem e destruam o sistema, que os Povos deste grande e riquíssimo Reino por sua própria vontade escolheram, abraçaram e Me requereram, a que Eu Annui e Proclamei, e a cuja defesa e mantença já agora eles e Eu estamos indefectivelmente obrigados: E Considerando Eu quanto peso tenham estas razões e Procurando ligar a bondade, a justiça, e a salvação publica, sem ofender a liberdade bem entendida da imprensa, que Desejo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito á causa sagrada da liberdade brasílica, e fazer aplicáveis em casos tais, e quanto for compatível com as atuais circunstâncias, aquelas instituições liberais, adotadas pelas nações cultas: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Determinar provisoriamente o seguinte: O Corregedor do Crime da Corte e Casa, que por este nomeio Juiz de Direito nas causas de abuso da liberdade da imprensa, e nas Províncias, que tiverem Relação, o Ouvidos do crime, e o de Comarca nas que não o tiverem, nomeará nos casos ocorrentes, e a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de tais delitos, 24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, os quais serão os Juizes de Fato, para conhecerem da criminalidade dos escritos abusivos. Os réus poderão recusar destes 24 nomeados

perial, *mutatis mutandis*: “Porque a verdade é que o regime constitucional não passava de um rótulo colado ao absolutismo. Aliás, enquanto não existiu Constituição, houve mais liberdade que após o juramento da Carta. A franqueza da imprensa fora larga ao tempo da Constituinte”⁴³. E mais adiante prossegue o autor também como elemento demonstrativo da pouca efetividade da Carta Imperial: “Em junho de 1.826 ainda havia vinte e três oficiais militares presos sem culpa formada e incomunicáveis desde 1.824, depois de jurada a Constituição”.

Não é outra a opinião de Raymundo Faoro acerca do liberalismo instaurado com a Carta Imperial e sua relação com a proteção e guarda dos direitos fundamentais: “O liberalismo não conseguiu alterar a estrutura do Estado, instituindo um Estado protetor de direitos”⁴⁴. Noutra parte, o mesmo autor afirma sobre a liberdade do Império: “A liberdade perseguida se torna realidade não na partilha do poder entre cidadãos autônomos, mas na segurança dos direitos individuais e políticos, garantidos pelas instituições. Liberdade de participação, sem o absolutismo monárquico e o absolutismo popular, nem o capricho de um só, nem o domínio de todos contra cada um. Contra os extremos, o sistema constitucional - a monarquia constitucional, num dualismo de equilíbrio”⁴⁵.

Em suma, a feição absolutista da Constituição do Império

16: os 8 restantes porém procederão no exame, conhecimento, e averiguação do fato; como se procede nos conselhos militares de investigação, e acomodando-se sempre às formas mais liberais, e admitindo-se o réu á justa defesa, que é de razão, necessidade e uso. Determinada a existência de culpa, o Juiz imporá a pena. E por quanto as leis antigas a semelhantes respeitos são muita duras e impróprias das ideias liberais dos tempos, em que vivemos; os Juízes de Direito regular-se-ão para esta imposição pelos arts. 12 e 13 do tit. 2º do Decreto das Cortes de Lisboa de 4 de Junho de 1821 que Mando nesta última parte aplicar ao Brasil. Os réus só poderão apelar do julgado para a Minha Real Clemência”.

⁴³ LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 16.

⁴⁴ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Globo, p. 72.

⁴⁵ Op. cit., p. 281.

não afasta o fato de que o país, a partir daquele momento, esteve reunido em torno de um documento formal instituidor de direitos, garantias, bem assim de uma organização estatal, com especificação de suas funções, todos elementos essenciais para o desabrochar do regime constitucional. Este talvez seja o grande mérito da Carta primeira, a noção, mesmo inicial, de limitação do poder político por um pacto entre governantes e governados baseado em um documento escrito com pretensão de regular a posteridade e o próprio exercício do poder. E esse traço tem nítida relação com o devido processo legal.

A Constituição republicana de 1891, repetindo a declaração de direitos da sua congênere imperial, assegurou em seu art. 72 e §§, com nítida influência da constituição norte-americana⁴⁶, “a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” e, ainda, a igualdade perante a lei (§ 2º) e, mais importante, a garantia do cidadão de ser sentenciado pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada, sendo que aos “acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”. De igual maneira, vedou à União e Estados a edição de leis retroativas (art. 11, parágrafo 3º).

⁴⁶ Sobre o processo de redação da Constituição de 1891, eis um relato interessante: “De 10 a 18 de junho de 1890, Rui (Barbosa) debatia com outros Ministros, à tarde, em sua casa, artigo por artigo, e todos eles à noite, submetiam o trabalho vespertino à férula do Marechal (Deodoro). Este queria unidade da Magistratura, poder de o presidente da República dissolver o Congresso, enfim, disposições incompatíveis com o Presidencialismo federativo do figurino norte-americano ou da cópia argentina de 1853, obra de Alberdi. Rui poliu o projeto, imprimindo-lhe redação castiça, sóbria e elegante, além de ter melhorado a substância com os acréscimos de princípios da Constituição viva dos EUA, com os resultantes da *construction* da Corte Suprema em matéria de imunidade recíproca (Maryland *versus* Mae Callado, de 1819) de liberdade do comércio interestadual (Brown *versus* Maryland), recursos extraordinários no STF e vários outros”. (BALEEIRO. Aliomar. *Constituições Brasileiras: A Constituição de 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 29).

A Carta de 1934⁴⁷, em seu capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais, igualmente, ratificou os textos anteriores, prevendo ainda o instituto do mandado de segurança “para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 34) e do *habeas corpus*, que guardam estrita relação com o devido processo legal. Digno de nota, a ampliação dos direitos sociais e econômicos com a referência expressa na Constituição à legislação do trabalho e à melhoria das condições dos trabalhadores (art. 121), mediante salário mínimo, jornada de oito horas, repouso semanal, férias anuais remuneradas, indenização na dispensa sem justa causa, a previdência social⁴⁸.

No auge da campanha eleitoral, em 10.11.1937, o Presidente Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937 fixando uma tendência autoritária de governo, sobrepondo-se o Presidente da República a todos os poderes como “autoridade suprema do Estado” (art. 73). Os *consideranda* dizem mais do que o texto em si⁴⁹ e revelam claramente um período de exce-

⁴⁷ Acerca das influências sobre a carta de 1934: “Do ponto de vista formal, inspiraram-se na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana espanhola, de 1931”. (POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*. A Constituição de 1934. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 19).

⁴⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 55.

⁴⁹ “ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua

ção. A própria declaração de inconstitucionalidade e, portanto, do devido processo legal substantivo⁵⁰, sofreu forte abalo, porquanto o Presidente da República poderia afastar a decisão final: “Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Na mesma medida, a restrição ao exercício dos direitos fundamentais foi expressa no artigo 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

A Constituição promulgada de 1946 foi “uma retomada de contato com a de 1.934” na expressão de Pinto Ferreira⁵¹, porque mantido o alargamento dos temas inscritos no texto fundamental anterior relativo aos direitos econômicos e sociais e mantidos invioláveis os “direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade” (art. 141), núcleo do devido processo legal, e assegurados, igualmente, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”, o direito de proprieda-

honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”.

⁵⁰ O tema do devido processo legal substantivo será tratado mais adiante.

⁵¹ FERREIRA, Pinto. *Direito Constitucional Resumido*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 26-29.

de, a ampla defesa, a vedação dos tribunais de exceção, impossibilidade de retroação maléfica da lei penal.

Após o golpe militar de 31 de março de 1964, sobrevieram as constituições outorgadas de 67 e 69, em cujos textos estavam assegurados, igualmente, aquelas garantias relacionadas ao devido processo legal. Não é preciso afirmar o desrespeito às liberdades civis no período ditatorial, cujo ápice eclodiu com o Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968.

O Ato Institucional n.5, no que toca ao tema, permitiu o confisco⁵², sem qualquer procedimento legal, *suspendeu o habeas corpus*⁵³ e a *inafastabilidade do Poder Judiciário*⁵⁴ e a *suspensão dos direitos políticos com severas restrições de direito*⁵⁵.

3.1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A cláusula do devido processo legal como garantia expressa dos cidadãos somente revela-se na sua plenitude com o

⁵² “**Art. 8º** - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

⁵³ “**Art. 10** - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

⁵⁴ “**Art. 11** - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

⁵⁵ **Art. 4º** - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. [...] **Art. 5º** - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

advento da Constituição de 1988, onde restou assegurado no art. 5º, incisos LIV e LV e em várias outras passagens do texto constitucional.

O *devido processo legal* pode ser definido, tomando-se empréstimo da teoria geral do processo, como o “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”⁵⁶.

Trata-se de direito fundamental de primeira dimensão que repercute em vários processos decisórios de conflitos de interesses nos âmbitos judicial e administrativo, bem assim na própria produção normativa, das mais diversas formas. Desdobra-se positivada no texto constitucional no contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV); na igualdade processual (art. 5º, inc. I), na publicidade e no dever de motivar (art. 5º, inc. LX e art. 93, inc. IX), impossibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI), inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI), sigilo das comunicações em geral (art. 5º, inc. XII), juiz competente (art. 5º, inc. XXXVII e LIII)⁵⁷, dentre outras.

Na realidade, na lição de Nelson Nery Júnior, o direito ao *devido processo legal* indica “tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”⁵⁸. E não por outra razão que Lourival Villanova salienta: “É uma conquista do Estado de Direito, do Estado Constitucional em sentido estrito (*verfassungsstaat*) a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”⁵⁹.

O direito fundamental ao *devido processo legal* permeia

⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89.

⁵⁷ Exemplos foram extraídos de Antônio Carlos de Araújo Cintra, op. cit., p. 90.

⁵⁸ Op. cit., p. 34.

⁵⁹ Citado por CARRAZZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, p. 390.

a vida e a liberdade dos cidadãos de maneira absolutamente envolvente e duradoura, sendo impensável a sua subtração do ordenamento jurídico democrático.

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS*)

O *devido processo legal*, sob certo aspecto, é garantia eminentemente processual de julgamento pelos seus pares (júri), de acordo com a lei reinante, num procedimento cujas regras são pré-determinadas e conhecidas (*ordely proceedings*), com a proibição de *bill of attainder* (consideração de culpa sem processo e julgamento regular), leis retroativas (*ex post facto law*) e a vedação de autoincriminação (*self incrimination*), além do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*)⁶⁰. Some-se a isso, segundo Siqueira Castro “as garantias ditas pela 6ª Emenda, a saber, o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public trial*), por júri imparcial e com competência territorial predeterminada, bem como o direito a ser informado acerca da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e a contraditório (...)”⁶¹.

Este o sentido procedimental e inaugural do devido processo sempre ligado à proteção da vida⁶², liberdade e propriedade, sendo num primeiro momento acenado como garantia do acusado em processo penal, para depois espriar-se como direito fundamental para os outros ramos do direito, com ênfase

⁶⁰ BRINDEIRO, Geraldo. O Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília: Ministério da Justiça, v. 188, jul. 1996, p. 33.

⁶¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 28.

⁶² Embora a previsão à “vida” refira-se de maneira imediata ao seu sentido literal e, portanto, não pudesse ser mencionada, porquanto o Brasil apenas reconhece a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a” da Constituição Federal), permanece a tutela da vida em seu sentido mais amplo como tudo aquilo concernente à experiência humana.

para o controle de legalidade dos atos do poder público.

Como se vê, sob este prisma, o devido processo legal processual, como o próprio nome já enuncia, atem-se ao procedimento anterior à imposição do gravame ao direito. O direito material, o mérito propriamente dito do ato de constrição sobre o indivíduo não é objeto do *procedural due process*.

Siqueira Castro menciona como representativo desta fase do devido processo legal os casos denominados *Slaughter-House Cases*, no ano de 1.873, formulados por um grupo de açougueiros contra uma lei estadual de 1.869 no Estado norte-americano da Louisiana que atribuía o monopólio do abate de carnes a uma determinada empresa pelo período de 25 anos. Por uma maioria apertada de 5 a 4 a Suprema Corte americana entendeu “não ser cabível o controle judicial acerca do mérito da lei concessiva do monopólio”⁶³. Seguiram outros precedentes fundados no caso apresentado até a alteração da composição da Corte como *Munn v. Illinois*, do ano de 1.877 e *Missouri Pacific Ra. V. Humes em 1.880*.

Esta constrição judicial espelha com justeza o credo liberal do século XVII e XIX, no seu aspecto político, de limitação dos poderes do Estado para assegurar a autonomia dos indivíduos e a promoção da economia de mercado.

Tem-se aqui, em razão do desvirtuamento de um procedimento, com o fito de restrição da vida, liberdade e propriedade, a possibilidade de intervenção e de revisão judicial do ato ou conduta irregulares. No direito brasileiro surge com vigor a noção da ampla defesa e do contraditório, com os meios e os recursos a eles inerentes, presença marcante no ordenamento constitucional (art. 5º, inc. LV).

3.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

⁶³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 39.

Noutra quadra, na do *devido processo substancial*, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana andou por expandir o sentido primitivo para permitir a censura judicial àqueles atos que, porventura, fustiguem o trinômio vida-liberdade-propriedade, cunhando um *devido processo legal substancial*, com “recurso na *rule of reason*, ou *standard of reasonableness* critérios muitas vezes indefinidos e que, supostamente permitiriam examinar caso a caso a constitucionalidade das leis”⁶⁴. Neste diapasão, é a habilidade do Poder Judiciário de desdizer a substância da legislação, perfazendo uma revisão substantiva do ato de governo ou da lei, com vistas à adequação à Constituição. O escopo aqui, para além da correção do procedimento, é a constitucionalidade da norma, usando-se o parâmetro da razoabilidade ou da proporcionalidade e não apenas a ofensa a algum dispositivo específico da Constituição. Trata-se da análise meritória ato construtivo do direito seja ele normativo ou administrativo.

Este controle judicial sobre atos estatais, “uma vez se considerando que os braços do governo teoricamente sujeitam-se à responsabilidade perante o povo, esta particular forma de revisão substantiva constitui em uma rejeição judicial da tentativa de uma sociedade democrática de lidar com seus problemas sociais”⁶⁵.

O devido processo legal substantivo, assim, assume uma relevância equivalente ao caso *Marbury vs. Madison*⁶⁶ pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde, de ma-

⁶⁴ DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 266.

⁶⁵ Tradução livre do seguinte trecho de Nowak: “Because the other branches of government theoretically are responsive to the people, this particular form of substantive review constitutes a judicial rejection of a democratic society’s attempt to deal with its social problems” (NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Minnesota: West Publishing CO., 1995, p. 347).

⁶⁶ NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Minnesota: West Publishing CO., 1995.

neira inaugural em 1803, instaurou-se o *judicial review*, declarando-se uma lei inconstitucional, permitindo à Corte Constitucional a decisão sobre a validade de atos do governo. Atribuiu-se ao Poder Judiciário a revisão de atos caprichosos, desarrazados, arbitrários, enfim, destoantes da racionalidade reinante em determinado momento histórico.

Na realidade, para Kammen⁶⁷ o marco histórico do *judicial review* é meramente convencional, porque entre 1.776 e 1.786, as cortes superiores dos Estados de Virgínia, Pennsylvania e Massachusetts já haviam assumido o direito de declararem a inconstitucionalidade das leis, remanescendo um mistério a ausência de menção expressa na Constituição dos Estados Unidos⁶⁸. Não é outra a constatação de Adhemar Ferreira Maciel⁶⁹ acerca do devido processo legal nos Estados Unidos da América, quando afirma que

sob esse aspecto de “Direito Material”, as Cortes estaduais, a partir de 1850, começaram a declarar que também as leis deveriam ser “razoáveis em sua substância”⁷⁰. As Cortes federais, a princípio de modo parcimonioso, depois abertamente, aceitaram essa doutrina. Em decorrência, elas (as Cortes) se deram por competentes para esmiuçar a substância ou conteúdo das leis federais e estaduais.

De todo modo, abriu-se a possibilidade de revisão judici-

⁶⁷ KAMMEN, Michael. *The Origins of the American Constitution: A Documentary History*. Nova York: Penguin Books, 1986, p. XII.

⁶⁸ O precedente mais antigo parece ser mesmo o caso do Dr. Bonham, em 1601, em que se esboçou uma ideia fundamental de restrição legal dos atos do governo, quando se impediu a imposição de multa cominada pelo Colégio de Médicos de Londres pela suposta prática ilegal de medicina. (KELLY, H. Alfred et al. *The American Constitution: Its Origins & Development*. 6. ed. Nova York: WW Norton Company, 1983, p.65.

⁶⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law*. *Revista da Ajuris*, n. 61, 1994.

⁷⁰ Silveira, de seu turno, afirma sobre a gênese do controle de constitucionalidade por meio da cláusula do devido processo legal: “Ela, originariamente, sempre foi aplicada em seu aspecto procedimental, até o ano de 1856, quando um tribunal de New York (NY v. Wynehamer) invalidou uma lei estadual, que proibia o uso de bebida alcoólica, com base na análise de substância (conteúdo)”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: Due process of Law*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 417).

al dos atos do governo, com a verificação da compatibilidade entre meio empregado e os fins visados, ou seja, o mérito do ato vergastado, quando for o caso de restrição à vida, liberdade e propriedade, para o exame de sua constitucionalidade. Na literatura brasileira tem destaque o ensino de San Tiago Dantas, que derivou o devido processo legal do princípio da igualdade em artigo⁷¹.

Oportuna, por isso mesmo, a crítica de Del Claro⁷², para quem não há qualquer sentido em se recorrer ao *devido processo legal substancial* para a revisão judicial de atos governamentais se o sistema jurídico brasileiro já comporta o controle difuso de constitucionalidade. Para este jurista, “tentar enxergar no inc. LV do art. 5º da CF/88 uma autorização para o am-

⁷¹ “O Poder Legislativo, em tal regime, não escapa à limitação constitucional, e os atos que pratica, embora tenham sempre *forma de lei*, nem sempre são leis, por lhes faltarem requisitos substanciais, deduzidos da própria Constituição. Êsses requisitos se deduzem de um princípio, que é o centro fical do regime jurídico-político: o princípio da igualdade. Graças a êle, podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, os mesmos recursos jurisprudenciais que, nos Estados Unidos, a Côrte Suprema construiu, partindo do *due process of law*. Lá, não se considera *due process of law* o ato legislativo que dispõe *in concretu*, contra uma disposição geral de lei; nem tampouco o ato legislativo que procede a classificações arbitrárias, contrárias ao direito do país. Aqui, o ato legislativo *in concretu*, ou se refere a uma norma geral preexistente (e nesse caso é válido constituindo um ato de govêrno reservado à competência do Parlamento), ou exorbita de normas gerais preexistentes, e nesse caso fere o princípio da igualdade de todos perante a lei. O ato legislativo há de ser, portanto, geral, o que não significa aplicável a todos os cidadãos, mas aplicável a qualquer cidadão que se venha encontrar na situação típica ali considerada. Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser tachada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da *igualdade proporcional*, isto é, que não se justifique como um *reajuste de situações desiguais*. Dêsse modo a lei arbitrária, que a Côrte Suprema não considera *due process of law*, também não é aplicável pelo Supremo Tribunal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei. (DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade Perante a Lei e Due Processo of Law: Contribuição ao Estudo da Limitação Constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, n. 126, abr. 1948).

⁷² DEL CLARO, Roberto. Devido processo legal: Direito Fundamental, Princípio Constitucional e Cláusula Aberta do Sistema Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 266.

plo controle do mérito da legislação é tomar parte numa visão típica do direito natural, bem como aceitar a tese de que vivemos numa sociedade na qual os juízes tem a mesma função que os legisladores”.

E nesta fase do devido processo legal, conforme a bem lançada consideração de Pariz⁷³,

é a mais importante, pois com a interpretação das Emendas IV e XIV pela Suprema Corte norte-americana, o *due process of law* adquire caráter substantivo, sem deixar de lado o seu caráter processual, passando, assim, a limitar o mérito das ações estatais, fato que se tornou marcante a partir da tutela das minorias étnicas e econômicas pela Corte Warren (anos 1950 e 1960).

Letícia de Campos Velho Martel⁷⁴, ao analisar a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, enuncia que por meio do devido processo legal substantivo “os juízes estão autorizados a perscrutar a razoabilidade do conteúdo dos atos legislativos e executivos cerceadores de Direitos Fundamentais, com esteio na construção judicial destes Direitos”. Para tanto, vale-se aquela corte alienígena do teste da razoabilidade consistente num procedimento formal, fundado no voto majoritário do *Justice Brown* exarado no precedente *Lawton v. Steele*. 152 U.S. 133 (1894).

São três as fases da história dessa intervenção de acordo com a sua intensidade no direito norte-americano na síntese de

⁷³ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal- direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 84-85.

⁷⁴ Pode assim ser esquematizado: “a) Há privação de um direito fundamental; a.1. O Direito Fundamental é tutelado pelo princípio do devido processo legal?; a.2. Existe efetivamente uma provação de Direito fundamental provinda de um agente/órgão dotado de poder estatal?; a.3. Qual o grau desta privação?; b) O fim almejado pelo Estado é legítimo, real e apto a justificar o meio? b.1.Existe nexo de causalidade entre o meio escolhido e o fim pretendido?; b.2. Não existe meio alternativo menos intrusivo no Direito Fundamental hábil a conduzir ao fim pretendido? b.3.O fim pretendido possui peso suficiente para justificar a constrição do Direito Fundamental?” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Sequência* : Estudos Jurídicos e Políticos, v. 24, n. 48, 2004, p. 91).

Luís Roberto Barroso⁷⁵: i) ascensão e consolidação, do final do século XVIII até a década de 30 como reação à intervenção do Estado na economia; ii) desprestígio e abandono no fim da década de 30 – ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico (*New Deal* de Roosevelt); iii) seu renascimento triunfal na década de 50 sob o influxo da revolução progressista do juiz Earl Warren – distinção entre as liberdades econômicas e não econômicas. Os direitos que incluem liberdade de expressão, de religião, direitos de participação política e de privacidade foram a tônica do constitucionalismo das últimas décadas. São precedentes significativos: *Brown v. Board of Education*; *Reynolds v. Sims*; *Miranda v. Arizona*. Sobre o devido processo legal substantivo: *Griswold v. Connecticut* (criminalização da pílula anticoncepcional) e *Roe v. Wade* (inconstitucionalidade de lei do Texas que criminalizou o aborto), onde restou afirmado o direito à privacidade.

3.3.1 A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O devido processo legal substantivo tem conexão íntima com a noção de limitar o Estado por meio do exame da razoabilidade e proporcionalidade (aqui tomadas por sinônimos⁷⁶) de

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição São Paulo : Saraiva, 2.004, p. 218-246.

⁷⁶ Para Barroso, Siqueira Castro e o Supremo Tribunal Federal a razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos e tem como fundamento o art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal. Gilmar Ferreira Mendes e a Corte Constitucional alemã apontam para o Estado de Direito como fonte da regra (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 185-223;385-405. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-112). Para Alexy e Virgílio, a proporcionalidade é uma regra que tem fundamento na natureza e estrutura dos direitos fundamentais, conforme a lei de colisão formulada pelo primeiro. (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-120).

seus atos.

Com efeito, baseado na ideia de que “ninguém deve estar obrigado a suportar constrações em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”, relevando-se “apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual”⁷⁷, a proporcionalidade, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho, três exigências fundamentais⁷⁸: a) exigência de conformidade ou adequação de meios; b) o requisito da exigibilidade ou da necessidade; c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

A Constituição Portuguesa (art. 18, n. 2⁷⁹), por exemplo, refere-se expressamente à necessidade de restrição comedida de direitos, o que consagra a proporcionalidade, em sentido amplo, incluindo a proibição de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais dos direitos, liberdades e garantias.

É preciso, contudo, ir um pouco além na regra da proporcionalidade⁸⁰ e estender sua aplicação, tal como exige Virgílio

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, p.68.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 386-387.

⁷⁹ Artigo 18.º, Força jurídica, 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁸⁰ A proporcionalidade não pode ser compreendida como princípio, pois é aplicada de forma constante e além do mais surge como ato de subsunção. Pode ser definida como: “regra de interpretação e aplicação do direito empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”. Para Virgílio Afonso da Silva a definição de regras e princípio, segundo a doutrina de R. Alexy baseia-se na estrutura e forma de aplicação das normas. Princípios são normas *prima facie*, “cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes”. Isto é, mandados de otimiza-

Afonso da Silva.

Independente do fundamento da proporcionalidade e das discussões sobre o seu sentido e comparação com a razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal aponta o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) como sua matriz constitucional, ungiada, portanto, ao devido processo legal na sua vertente substancial.

A proporcionalidade é elemento de fundamental importância muito utilizado pela Corte Constitucional alemã e que pretende conferir racionalidade e a averiguação da regularidade de atos estatais, especialmente aqueles envolvendo a limitação de direitos fundamentais. A sua natureza, assim, tem um teor de limite ao abuso, ao capricho, ao ato desarrazoado, por meio de um procedimento próprio, cujo marco se dá na década de 50⁸¹.

Gilmar Ferreira Mendes informa que a primeira referência de algum significado à proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal ocorre em 1953, em acórdão do Min. Orozimbo Nonato sobre o excesso na cobrança de uma taxa⁸². Em 1968, surge a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional acerca da impossibilidade do acusado exercer qualquer atividade profissional. A corte valeu-se da norma do art. 150, parágrafo 36, cláusula genérica de remissão para poder aplicar a proporcionalidade “a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Na mesma direção, em 1976, o Tribunal Superior Eleitoral afastou a constitucionalidade da lei federal

ção que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-120).

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 314-354.

⁸² RE 18.331, RF V. 145, P. 164, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-112.

que determinava que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis, com fundamento na presunção de inocência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, tocando a cláusula de remissão mencionada. O Supremo Tribunal Federal reformou a decisão⁸³. Em 1983, o Min. Moreira Alves recusa o aumento de uma taxa, com fundamento explícito na ideia de *equivalência razoável* entre o custo do serviço e a cobrança⁸⁴. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo da ADIn 855⁸⁵, fundamenta a proporcionalidade no artigo 5º, inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, no voto do Min. Moreira Alves. Ali se afirmou que a restrição aos direitos dos partidos políticos por fatos ocorridos no passado mostrava-se desarrazoada e inadequada.

E como lembra Luís Roberto Barroso, o “princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento: a justiça”⁸⁶.

São seus os exemplos da aplicação da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, em síntese: ADIn 526-DF (revisão geral de remuneração dos servidores públicos); ADIn 1326 (limitação para idade em concurso público); ADIn 855-2 (violação da razoabilidade de leis restritiva - gás); RE 204020-7 (proibição da importação de pneus usados); ADIn 1158-8 (concede aumento desarrazoado para servidores inativos); STJ, MS 6663-DF (aplicação da penalidade administrativa) dentre outros. Roberto Rosas⁸⁷ menciona na mesma toada os seguintes precedentes, todos do STF: MS 23.158 (dois irmãos julgando

⁸³ RE86297, RTJ 79/671.

⁸⁴ RP 1077, RTJ 112, p. 34.

⁸⁵ RTJ 152/455.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

⁸⁷ ROSAS, Roberto. Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 783, jan. 2001, p. 11-15.

no mesmo colegiado); SS 1320-9 (proibição do arbítrio do poder e meio de proteção da liberdade); ADIn 1.755-85 (proibição de propaganda de bebidas alcoólicas com determinado teor alcólico).

A regra da proporcionalidade, como já visto, tem três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essas regras devem se relacionar exatamente nesta *ordem pré-definida*. A análise da adequação do ato estatal precede a da necessidade que vem antes da proporcionalidade em sentido estrito. A questão é importante, porque nem sempre na jurisprudência se procede a essa análise, conforme consistente crítica de Virgílio Afonso da Silva⁸⁸, não se deixando de afirmar, todavia, que o ato enfrentado é “proporcional”. A regra da proporcionalidade necessariamente passa pelo exame de todos os sub-elementos. Basta que um não seja satisfeito para que a proporcionalidade, consoante a doutrina alemã, não seja atendida. O ato pode ser *adequado*, mas *desnecessário*, não sendo, então, proporcional.

A adequação refere-se à capacidade do ato de fomentar os objetivos visados.

Na outra fase da regra, tem-se a necessidade. Neste momento, a perspectiva é sempre relacional: “Objetivo não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite em menor medida o direito fundamental atingido”⁸⁹. O exame da necessidade é comparativo, porque se cogita do mesmo efeito com outro ato de menor intensidade sobre o direito fundamental. Exige comparação com medidas alternativas, no caso, meios mais brandos de atuação estatal.

Finalmente, no que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, deve haver uma justa medida na relação custo-benefício. Trata-se do “sopesamento entre a intensidade da

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50.

⁸⁹ *Ibid.*

restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental com que ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁹⁰. É preciso que a medida a ser implementada tenha um *peso* maior do que o direito fundamental restringido. Os princípios devem ser sopesados.

De qualquer maneira, é muito interessante, em se considerando o percurso histórico do devido processo legal a partir de uma garantia processual penal propriamente dita para a ampliação do controle de constitucionalidade com a sindicância do mérito dos atos estatais, que hoje o caminho pareça ter se invertido com os processualistas reclamando um olhar substancial da tutela processual: “Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter sua efetividade comprometida se a técnica processual houver instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio de procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual”⁹¹.



⁹⁰ Ibid..

⁹¹ Luís Guilherme Marinoni apud DEL CLARO, Roberto. Devido Processo Legal: Direito Fundamental, Princípio Constitucional e Cláusula Aberta Do Sistema Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 276.